

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

JUSTIÇA MEDIÁTICA E PREVENTIVA

ADRIANA SILVA MAILLART

JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ

MAURO JOSÉ GAGLIETTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

J961

Justiça mediática e preventiva [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Adriana Silva Maillart, Jamile Bergamaschine Mata Diz, Mauro José Gaglietti – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-060-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Mídia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

JUSTIÇA MEDIÁTICA E PREVENTIVA

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos este livro produto dos dezenove trabalhos apresentados no GT de Justiça Mediática e Preventiva na 24ª edição do CONPEDI em Aracajú (Sergipe) em junho de 2015. O tema deste GT ganhou relevância e, já há algum tempo, sentia-se a necessidade de um ambiente próprio para a discussão dos meios adequados de resolução de controvérsias, tendo em vista, principalmente, o aumento do número e a qualidade dos artigos apresentados nesta área. Assim, por iniciativa dos coordenadores dos GTs de Acesso à Justiça e da Diretoria do Conselho Nacional de Pós Graduação e Pesquisa em Direito entendeu-se relevante a criação de um GT específico para tratar das formas consensuais de solução de conflitos.

A criação deste novo GT coaduna com um momento importante pela qual passam as ADRs no Brasil, principalmente, com a aprovação da Lei nº. 13.129/2015, que amplia a aplicação da arbitragem; da sanção do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que traz capítulo específico sobre a mediação e conciliação e diretrizes para as audiências conciliatórias e mediáticas; e também da tão aguardada promulgação da Lei Brasileira de Mediação (Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015).

Desta maneira, o Conpedi, atento às transformações no âmbito jurídico e social, vem, uma vez mais, responder aos anseios e às demandas da sociedade acadêmica, criando um veículo para tratar das discussões oriundas dos cursos de pós-graduação e pesquisas em Direito. Isto reflete, sem dúvida, na importância essencial do Conpedi como instrumento de encontro, discussão, reflexão e divulgação dos trabalhos realizados em cenário nacional e internacional.

Assinala-se, assim, que ficamos muito felizes com a incumbência de coordenarmos a primeira edição deste GT voltado à Justiça Mediática e Preventiva. Ao todo, como ressaltado anteriormente, foram 19 trabalhos apresentados, destacando-se que todos os autores e autoras marcaram, significativamente, presença. O debate foi conduzido de modo a facilitar a comunicação, o diálogo e o entendimento entre as pessoas interessadas, todos com grande envolvimento pessoal, profissional e afetivo com os temas abordados e revelam o estágio das pesquisas no que se refere à cultura da autocomposição dos conflitos emergentes na sociedade brasileira, enfatizando-se, nesse caso, os aspectos associados ao litígio na esfera do

Poder Judiciário, e fora, na intervenção junto aos conflitos de interesse cujas partes ao procurarem os núcleos de prática jurídica e as câmaras arbitrais (Lei 9.307/96) tendem a acessar à justiça de um modo mais abrangente e eficiente.

A temática em tela encontra-se em voga em virtude do papel que passa a exercer a mediação na conjectura do Código de Processo Civil (CPC) que vigorará no Brasil a partir de março do próximo ano na medida em que está em harmonia com o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, a institucionalização da mediação no Brasil torna-se extremamente relevante, sobretudo, por abordar extrajudicialmente e judicialmente - os conflitos associados à parentalidade e à conjugalidade no âmbito das famílias brasileiras. Assim, salientam-se os tópicos presentes no novo Código de Processo Civil e na Lei da Mediação aprovados recentemente para refletir acerca da necessidade da preparação cultural do conjunto da sociedade, das famílias e dos profissionais do Direito.

Nessa senda, percebe-se que há um incentivo ao diálogo e ao entendimento, voltando-se, assim, para a busca de um acordo. Provavelmente, a instalação da mediação por via institucional, estatal, e, sobretudo, o seu entendimento e a sua implementação poderá colaborar com a alteração da cultura do litígio expresso, em grande medida, pela judicialização de todas as controvérsias que ocorrem no âmbito social, e, ao mesmo tempo, poderá reduzir a quantidade de processos, que se arrasta junto ao Poder Judiciário há muitos anos. Ao mesmo tempo, nota-se a preocupação segundo a qual é necessário pensar para além da legislação, sobretudo, em relação à singularidade dos operadores do Direito no Brasil. Assinala-se, nesses termos, que o direito que vigora no País possui entre as suas fontes os princípios gerais que também interferem na criação da lei e, principalmente, na sua efetivação (ou não efetivação) ao concretizar materialmente o direito entendido aqui como o acesso à justiça enquanto direito fundamental dos direitos fundamentais.

Pode-se afirmar que, se inicialmente o movimento de acesso à justiça buscava endereçar conflitos que ficavam sem solução em razão da falta de instrumentos processuais efetivos, voltando-se inicialmente a reduzir a denominada litigiosidade contida. Hoje, atenta-se para o fato de a processualística voltar-se a resolver disputas de forma mais eficiente e eficaz - afastando-se muitas vezes de fórmulas exclusivamente jurídicas e incorporando métodos transdisciplinares a fim de atender não apenas aqueles interesses juridicamente tutelados, mas também outros que possam auxiliar na sua função de pacificação social diante da percepção segundo a qual todo o conflito se diferencia do litígio à razão de ser multidisciplinar, ao passo que o litígio é um aspecto do conflito, aquele que se associa direta e indiretamente à dimensão jurídica. Toda a sentença é uma boa resposta ao litígio, mas não resolve o conflito em sua amplitude.

Além disso, percebe-se que por meio da incorporação desses diversos procedimentos ao sistema processual o operador do direito tende a preocupar-se, também, com a litigiosidade remanescente aquela que, em regra, persiste entre as partes após o término de um processo heterocompositivo à medida que amplia-se a existência de conflitos de interesses que não foram tratados no processo judicial - seja por não se tratar de matéria juridicamente tutelada, seja por não se ter aventado certa matéria juridicamente tutelada perante o Estado. Soma-se a tal atitude, outra, a atentar para o princípio do empoderamento, em sintonia fina com um modelo preventivo de conflitos na medida em que capacita as partes a melhor comporem seus conflitos educando-as com técnicas de negociação e mediação. Além desses dois aspectos, pode-se voltar mediante o emprego desse instrumento de pacificação social para que haja uma maior humanização do conflito. Em outros termos: concebe-se o princípio da validação ou o princípio do reconhecimento recíproco de sentimentos, sobretudo, à medida que esse novo paradigma de ordenamento jurídico se desenvolve, nota-se a necessidade da adequação do exercício profissional de magistrados para que estes assumam cada vez mais uma função de gestão de processos de resolução de disputas. Naturalmente, a mudança de paradigma decorrente dessa nova sistemática processual atinge, além de magistrados, todos os operadores do direito, já que, quando exercendo suas atividades profissionais nesses processos, que, em regra são menos adversarial e mais propenso à utilização criativa dos instrumentos jurídicos existentes no ordenamento jurídico para uma atuação cooperativa enfocada na solução de controvérsias de maneira mais eficiente. Desse modo, criou-se a necessidade de um operador do direito que aborde questões como um solucionador de problemas ou um pacificador a pergunta a ser feita deixou de ser "quem devo acionar" e passou a ser "como devo abordar essa questão para que os interesses que defendo sejam atingidos de modo mais eficiente".

Assim, as perspectivas metodológicas do processo de mediação refletem uma crescente tendência de se observar o operador do direito como um pacificador mesmo em processos heterocompositivos, pois começa a existir a preocupação com o meio mais eficiente de compor certa disputa na medida em que esta escolha passa a refletir a própria efetividade do profissional. A composição de conflitos "sob os auspícios do Estado", de um lado, impõe um ônus adicional ao magistrado que deverá acompanhar e fiscalizar seus auxiliares (conciliadores autocompositivos, mediadores e árbitros no âmbito da Lei 9.307/1996), ainda que somente quando requisitado como no exemplo da demanda anulatória de arbitragem. Por outro lado, a adequada sistematização desses mecanismos e o seu estímulo para que as partes os utilizem é marcante tendência do direito processual, na medida em que vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes.

A arbitragem, neste sentido, funciona como um instrumento alternativo para solucionar as controvérsias que privilegia a autonomia das partes para determinar o alcance das medidas compositivas e a lei aplicável para alcançar tal solução. No âmbito interno, embora a Lei n. 9.307/96 não inaugure a arbitragem no plano jurídico nacional, foi responsável por imprimir uma feição mais moderna além de promover a sistematização do tema e, por isso, compreender as influências sob as quais se encontravam a jurisprudência brasileira em relação à arbitragem no momento de sua elaboração permite conhecer os mecanismos que proporcionaram o desenvolver de sua aplicação no país. No âmbito internacional, pode-se perceber a influência das Convenções de Direito Internacional em matéria de arbitragem na elaboração da lei nacional. Ainda que antes da incorporação de alguns instrumentos normativos ao âmbito interno, certas garantias eram necessárias para que o país pudesse apresentar uma maior confiabilidade a nível internacional no que concernia a proteção jurídica das questões arbitrais.

Agora, um dos pilares da arbitragem se refere à questão da segurança jurídica que deve ser analisada também sob a perspectiva da aplicação e interpretação posterior do reconhecimento e admissibilidade dos efeitos da sentença arbitral sobre as relações jurídicas. Ainda que haja uma regulação específica atinente à utilização do mecanismo arbitral, este só ganha força na medida em que as autoridades judiciais se inclinam pela devida observância da vontade das partes em se submeter a esta forma de solução de controvérsias, e logram admitir que no âmbito da esfera privada podem os particulares pactuar da forma que melhor lhes convier, observados os limites dispostos pelo próprio sistema. A adoção de uma lei segundo os mais avançados parâmetros internacionais não tem o condão de fornecer a segurança jurídica necessária se as instituições brasileiras, especialmente o Judiciário, não conseguirem compreender a importância do instituto para a concretização inclusive do direito fundamental de acesso à justiça.

O Novo Código de Processo Civil confirma a arbitragem como um instrumento jurisdicional autônomo e reconhece a importância do mesmo, pondo fim à eterna e estéril discussão sobre legitimidade, validade, legalidade e aplicação da sentença arbitral. Além disso, inova ao estabelecer a possibilidade de integração entre juízo arbitral e juízo estatal para cumprimento de medidas liminares, cautelares e antecipações de tutelas, bem como para condução e oitiva de testemunha renitente, dando plena eficácia ao art. 22 da Lei de arbitragem. Outro ponto digno de nota é que preserva uma das características básicas da arbitragem que é justamente o sigilo, já que a confidencialidade é essencial para a manutenção de certos negócios ou a formulação de estratégias empresariais e o desenvolvimento de novos produtos.

A mediação, a ser nesse momento discutida, constitui uma prática jurídica que pode contribuir com a construção da autonomia. Sendo assim, a obra em foco sugere a você leitor /leitora que atente para esse mecanismo não-adversarial de encaminhamento de conflitos enquanto prática pedagógica de construção da autonomia e de construção do Direito emancipatório. Em outras palavras, a mediação transformadora é, na verdade, uma forma de ecologia política de resolução dos conflitos sociais e jurídicos. Forma particular na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação é uma forma alternativa ao processo judicial (com o outro) de resolução de conflitos e litígios, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo.

Por fim, quer-se que essa obra possa contribuir com os esforços dos juristas que há décadas clamam pela mediação emancipatória que ao se transmutar de um mero procedimento de resolução de conflitos para se converter em um verdadeiro instrumento de exercício da cidadania, na medida em que possibilita a criação de um direito inclusivo, rompendo com o normativismo jurídico estatal, possibilitando - concretamente - o surgimento de um direito plural, capaz de absorver as expectativas de uma maior variedade de sujeitos sociais, em especial aqueles oriundos de segmentos mais marginalizados da sociedade. Assim, a mediação transformadora assinada por Luis Alberto Warat se coaduna perfeitamente com as perspectivas de uma nova política judiciária que deve estar comprometida com a democratização do direito e da sociedade.

Pode então o direito transformar a sociedade? Os autores/autoras dos textos desse livro pensam e agem de forma otimista a tal assertiva na medida em que além de guiar as coletividades na defesa daquilo que foi ao menos formalmente conquistado, o debate jurídico, enquanto manifestação do político, possibilita a ampliação do campo de luta pela afirmação de identidades sejam elas individuais ou coletivas e a conquista do reconhecimento e legitimação da pluralidade, em um verdadeiro exercício de emancipação da cidadania e democratização da sociedade. Diante de tal perspectiva, um livro pode transformar pessoas e estas o mundo.....

Nesse caso, nos resta a desejar a você que está nos acompanhando até aqui, que seja feliz, na medida do possível e faça uma adorável viagem mental entre as linhas dos trabalhos que se encontram nas próximas páginas!

Até breve,

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart (Uninove)

Prof. Dr. Mauro Gaglietti (URI, FAI, IMED)

Prof. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz (UIT e UFMG)

Organizadores da obra

**A NECESSIDADE DA HARMONIZAÇÃO E COOPERAÇÃO DAS JUSTIÇAS
ESTADUAL E ARBITRAL: NOVOS TEMPOS**

**THE NEED FOR HARMONIZATION AND COOPERATION OF THE STATE AND
ARBITRATION JUSTICES: NEW TIMES**

Renato Horta Rezende

Resumo

O presente artigo faz uma apresentação detalhada da evolução legislativa e jurídica da Arbitragem brasileira, que, influenciada pela terceira Onda renovatória, revigorou o instituto arbitral com a edição da Lei nº 9307, de 23 de setembro de 1996, sendo comprovada a hipótese do amadurecimento, reconhecimento, harmonia e cooperação na relação com o Poder Judiciário como forma necessária e eficaz de efetivação e popularização da Arbitragem no Brasil, quando então é apresentado também perspectiva ao instituto arbitral a serem desenvolvidas neste milênio, para que se possa garantir o acesso mais célere à justiça e maior liberdade dos particulares na condução da resolução de conflitos.

Palavras-chave: Evolução; arbitragem; alternativa; popularização; harmonização.

Abstract/Resumen/Résumé

This article gives a detailed presentation of the legislative and legal developments of the Brazilian Arbitration, which influenced by the third renewals Wave, reinvigorated the arbitration institute with the enactment of Law nº 9307 of September 23, 1996, and confirmed the hypothesis of ripening , recognition , harmony and cooperation in relation to the judiciary as a necessary and effective way of realization and popularization of Arbitration in Brazil , when a new perspective is presented to arbitration institute also looking to be developed in this millennium in order to ensure to individuals faster justice access in the conduct of conflict resolution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Evolution; arbitration; alternative; popularization; harmonization.

1- INTRODUÇÃO

O Estado, detentor do monopólio jurisdicional inserido em um Estado Democrático de Direito, deve criar efetivas possibilidades de acesso universal à justiça no sentido mais amplo, além da vertente formal perante os órgãos jurisdicionais, ou seja, deve reconhecer o acesso à ordem jurídica justa¹.

Conforme concebido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002), ao discorrer sobre o novo enfoque a ser concebido ao acesso à justiça, o judiciário não é a única fonte de se obter justiça, devendo o termo ser visualizado de forma ampla garantindo o acesso à justiça igualitária, efetiva, célere e acessível a todos com o objetivo de se preservar a paz social.

Formas parajudiciais ou parajurisdicionais capazes de solucionar conflitos de forma, confiável, informal, ágil e assentada na vontade privada de pacificação das controversas, alternativa à cultura do embate devem cooperar com a jurisdição estatal para que então se alcance o desejo constitucional do acesso à justiça eficiente e célere.

Uma dessas alternativas é a Arbitragem, regulada nacionalmente através da Lei 9307, de 23 de setembro de 1996² e Decreto 4311, de 23 de julho de 2002³, que juntamente com a mediação e a conciliação⁴, estas últimas, institucionalizadas ou não, conferem opções outras à escolha da jurisdição estatal.

A alternativa cunhada na forma parajudicial heterocompositiva⁵ de solução de conflito, como a Arbitragem, não tem a pretensão de “privatizar” a justiça emanada do Poder estatal que é soberana e indelegável, mas muito antes pelo contrário, os termos fixados nas legislações anteriormente anotadas não deixam dúvidas acerca da indispensável cooperação e reconhecimento que deve existir entre o Poder Judiciário e a Arbitragem, como, aliás, vem demonstrando a evolução jurisdicional e doutrinária sobre o assunto.

Seguindo o viés apresentado, pretende-se demonstrar, brevemente, a origem histórica da Arbitragem através dos métodos de solução de conflitos que acompanham a humanidade, seguindo à história das grandes civilizações até os dias atuais; posteriormente será realizado um resgate acerca da legislação e posicionamentos jurídicos sobre a arbitragem no Brasil

¹ Resolução 70, de 18 de março de 2009 do Conselho Nacional de Justiça.

² Lei que dispõe sobre a Arbitragem no Brasil.

³ Decreto que promulga a convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

⁴ O CNJ, por meio da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, estabeleceu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário criando regras e determinações à instalação de centros judiciários de solução de conflitos e cidadania por meio de conciliação e mediação.

⁵ “...meios heterocompositivos de solução de litígios, questão nada mais que remédios ‘indicados por terceiro, escolhido e aceito pelas partes, ou impostos pelo Estado’” (SILVA, 1990)

culminando com a apresentação do aspecto atual e descrição das necessidades a serem supridas.

2- ORIGEM DA ARBITRAGEM

Para que se possa definir a origem da Arbitragem é indispensável, primeiramente, que se estabeleça seu conceito. Para tanto, observaremos os termos da Lei de Arbitragem vigente em nosso país que possui em seus contornos o conceito moderno de Arbitragem.

Partindo desta análise podemos afirmar que a Arbitragem é um método heterogêneo de resolução de conflitos, ou seja, na arbitragem existirá ao menos um terceiro estranho ao conflito escolhido(s) pelas partes que se obrigam mutuamente através de uma convenção para resolver controversas sobre bens patrimoniais disponíveis, cabendo ao(s) árbitro(s) a difícil missão de resolver a lide, possuindo a decisão a ser tomada força executiva e vinculante como uma sentença judicial (art. 1º; art. 3º; art. 13, §1º e art. 31).

Delimitado os contornos da Arbitragem, temos por afastado o instituto da autotutela e da autocomposição, métodos autônomos de resolução de conflitos, fundamentados, respectivamente, na força ou na renúncia e concessões, sem a intervenção de terceiros, cuja decisão não é dotada de força executiva (SILVA, 2005).

É possível afirmar que a Arbitragem tem origem remota a qual, segundo, Rodrigo Bernardes Braga(2009), Adriana dos Santos Filho (2005) e Ricardo Soares Stersi dos Santos (2004), remonta à Grécia e Roma antiga, alcançando proteção constitucional na Constituição Francesa de 1791⁶.

A Arbitragem na França se tornou o instrumento ideal de reação contra os abusos da justiça do rei. Isso não durou muito, pois em 9 de maio de 1806 é promulgada a lei sobre arbitragem que desestimulou sua utilização por causa das rigorosas formalidades a que o instituto foi revestido (CARMONA, 1993).

Na Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, havia previsão da possibilidade de nomeação de árbitros pelas partes interessadas para julgarem ações cíveis e penais civilmente intentadas⁷.

O Código Comercial, Lei 556, de 25 de junho de 1850, estabeleceu a Arbitragem no setor que poderia se dar de forma compulsória ou facultativa.

⁶Artigo 5. O direito dos cidadãos de determinarem definitivamente suas contestações por via de arbitragem não pode sofrer nenhum dano por atos do poder legislativo.

⁷Art. 160. Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

O Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850 passou a regulamentar a arbitragem facultativa e obrigatória.

Com a instalação da CCI (Câmara de Comércio Internacional) em 1923 em Paris, a França passou a adotar e reconhecer um novo modelo de regime arbitral.

Em 1958, foi realizada a Convenção de Nova Iorque que tratava do reconhecimento e a execução de sentenças Arbitrais estrangeiras, convenção esta que o Brasil é signatário, tendo sido aprovado pelo parlamento e promulgado o Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002.

Na década de 1980, a CCI realizou grandes reformas relacionadas à Arbitragem interna e externa. Em 1985, a UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) editou lei modelo sobre a Arbitragem comercial internacional que passou a influenciar normas internas de inúmeros países pelo mundo (BRAGA, 2009).

A Lei 9307, de 23 de setembro de 1996 regulamentou a arbitragem interna no Brasil, traçando também diretrizes acerca da arbitragem internacional, sendo esta última regulamentada nos termos da do Decreto 4311, de 23 de julho de 2002, que promulgou a Convenção de Nova Iorque realizada em 10 de julho de 1958.

3- EVOLUÇÃO LEGISLATIVA, JURÍDICA DA ARBITRAGEM E O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Conforme mencionado anteriormente já na Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, havia previsão da possibilidade da instituição de Arbitragem conforme vontade das partes.

Diante da especialidade e da necessidade de maior celeridade na resolução das controvérsias que poderiam revestir os negócios, o Código Comercial de 25 de junho de 1850 e o Decreto regulamentador que se seguiu, Decreto 737, de 25 de novembro de 1850, estabeleceram a arbitragem como meio a resolver conflitos, estando o árbitro vinculado às leis do comércio⁸.

O referido Código e Decreto consagraram a arbitragem compulsória⁹ (necessária) para tratar de inúmeros assuntos relacionados à reparação de danos, termos contratuais, locações, defeitos do negócio jurídico, obrigações, sociedade mercantil e créditos, assim como

⁸ Art. 2º. Constituem legislação commercial o Código do Commercio, e subsidiariamente os usos commerciaes (art. 291 Codigo) e as leis civis (arts. 121, 291 e 428 Codigo).

Os usos commerciaes preferem ás leis civis sómente nas questões sociaes (art.291) e casos expressos no Código.
⁹Arts. 80, 82, 95, 107, 111, 139, 179, 194, 201, 209, 215, 217, 230, 245, 294 e 619.

a arbitragem facultativa (voluntária) para questões relacionadas a seguro.

Segundo o Decreto, mesmo se tratando de arbitragem necessária, ainda havia reverencia a autonomia da vontade das partes envolvidas, pois, poderiam as partes renunciarem ao direito de recurso por meio de convenção a qual não se exigia maiores formalidades¹⁰, fato este que traria maior celeridade à resolução do conflito.

O mesmo Decreto também enumerou aqueles que teriam competência para funcionar como árbitros, sendo estes: o Juiz de Paz, que já teria funcionado como conciliador; qualquer Juiz de primeira ou segunda instância; os Tribunais do Comércio ou qualquer dos seus membros; e, em geral, todas as pessoas habilitadas pelo Código Comercial para serem comerciantes (art. 470).

Sobre a decisão do árbitro, além do controle jurídico revisional por meio de recurso ao Poder jurisdicional, havia o controle de legalidade também exercido pelo Poder estatal através do juízo devolutivo de censura¹¹.

A decisão arbitral não possuía autonomia estando sujeita à homologação judicial para que então pudesse ser executada, no mesmo juízo que a homologou.¹²

O Decreto 3900, de 26 de junho de 1867 estabeleceu pela primeira vez em nosso país a cláusula compromissória, porém, atribuiu a esta o *status* de *pacto de contrahendo*¹³, ou seja, “contrato de execução subordinado à vontade de um ou dos dois contraentes, para que outro produza seus efeitos normais” (GOMES, 2001. p. 136).

O Decreto 3900/1867 derogou a arbitragem compulsória (necessária) presente no Decreto anterior; estabeleceu a possibilidade de julgamento por equidade; ampliou a relação daqueles que poderiam funcionar como árbitros; fixou a desnecessidade de homologação de decisões arbitrais quando proferidas por membros do Poder judiciário, mantendo a necessidade da homologação judicial nos demais casos; e concebeu a possibilidade de

¹⁰ Art. 413. Nos casos em que o Juizo arbitral é necessario (art. 411 § 2º), só é de mister o compromisso, si as partes quizerem desistir dos recursos legaes, ou impor penas convencionaes, bastando sómente nos outros casos a louvação das partes.

¹¹ Decreto 7337/1850:

Art. 469. A clausula do compromisso - sem recurso - não torna irrecorrível a sentença arbitral no caso de nullidade, proveniente de haverem os arbitros excedido no julgamento os poderes conferidos no compromisso.

¹² Idem:

Art. 465. A sentença arbitral só pôde ser executada depois de homologada pelo Juiz de Direito do Commercio (art. 6º).

Art. 466. Si a sentença arbitral fôr exequível pelas clausulas do compromisso, depois de homologada na fórmula do artigo antecedente, será desde logo dada á execução pelo mesmo Juiz que a homologar, ou pelo da causa si já a havia pendente.

¹³ Decreto 3900/1867:

Art. 9º A clausula de compromisso, sem a nomeação de arbitros, ou relativa a questões eventuaes não vale senão como promessa, e fica dependente para sua perfeição e execução de novo e especial accordo das partes, não só sobre os requisitos do art. 8º senão tambem sobre as declarações do art. 10.

apresentação de recursos dirigidos ao Poder Judiciário contra as decisões arbitrais (GOMES, 2001).

Apesar de trazer algum avanço ao instituto da Arbitragem como a admissibilidade da cláusula arbitral e a ampliação do rol daqueles que poderiam funcionar como árbitros, o Decreto 3900, de 26 de julho de 1867 recuou dentro do quadro evolutivo da legislação nacional.

Os descritos avanços trouxeram mais desconfortos que vantagens, pois, havendo como leciona Orlando Gomes (2001) a obrigação assumida em um compromisso é uma obrigação de fazer, que consiste na celebração de um novo contrato. Todavia, não é possível obrigar o devedor a cumprir, especificamente, o compromisso assumido, sendo, portanto convertida a obrigação de fazer em indenizar por perdas e danos, o que atribui ao compromisso a natureza de *pactum de contrahendo* e retira dele, no caso da arbitragem, seu interesse prático. (GOMES, 2001).

Ainda que o Decreto em comento tenha ampliado o rol daqueles que poderiam funcionar como árbitros estabeleceu categorias entre estes, pois, determinou que as decisões arbitrais proferidas por membros pertencentes ao Poder Judiciário não estavam sujeitas à homologação judicial, algo lógico, porém, trataram de forma diferente os demais árbitros legalmente legitimados, fato este que fez com que a arbitragem que possui natureza extrajudicial, se tornasse um apêndice do Poder Judiciário, sujeitos a recursos e também à burocracia e morosidade inerente ao Judiciário.

O Código Civil, Lei 3071, de 1º de janeiro de 1916, regulamentou a arbitragem em seus artigos 1037 a 1048, revogando as demais normas que tratavam sobre o assunto.

O instituto da arbitragem estava inserido no Título II, Dos efeitos das obrigações, Capítulo X, Do compromisso, sendo latente a natureza contratual da arbitragem e a autonomia de vontade privada.

A regulamentação da Arbitragem pelo Código Civil de 1916 manteve o retrocesso imposto ao instituto, pois perpetuou o caráter de *pactum de contrahendo*, anteriormente fixado, assim como a submissão à revisão jurisdicional do laudo arbitral (art. 1045) e a possibilidade de recurso das decisões arbitrais (art. 1046), mesmo diante de cláusula “sem recurso” e “pena convencional”.

O acréscimo benéfico ao instituto da Arbitragem trazido pelo Código resumia-se a maior amplitude daqueles que podem funcionar como árbitros, “quem quer que tenha a confiança das partes” (art. 1043) e a atribuição funcional do árbitro a quem são “juízes do fato e direito, não sendo sujeito ou seu julgamento a alçada, ou recurso, exceto se o contrário

convencionarem as partes” (art. 1041).

A arbitragem passou a ser restrita aos direitos patrimoniais disponíveis, conforme art. 1035 c/c art. 1048, ambos do Código Civil, de 1º de janeiro de 1916.

O acesso à justiça passou a ser a grande preocupação do Poder legislativo e judicial, no sentido de se possibilitar que todos pudessem acessar a justiça, sendo editada a Lei 1060, de 05 de fevereiro de 1950, que tratava acerca da concessão de justiça gratuita aos necessitados em processos judiciais, marco este determinante, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002) da primeira Onda renovatória de acesso à justiça.

O instituto da Arbitragem que já se encontrava convalidado afastou-se ainda mais das questões hodiernas e populares, pois, neste momento seria possível o acesso ao Poder Judiciário de forma gratuita, bastando para tanto a simples declaração privada de miserabilidade¹⁴, como vem pronunciando o E. STJ¹⁵, enquanto a escolha pela arbitragem restaria ainda mais burocrática e onerosa que o próprio acesso ao Poder Judiciário, em razão da ausência de autonomia da Arbitragem e de seus custos.

Em razão das restritas vantagens, o instituto da arbitragem interna se tornou quase que inexistente, enquanto internacionalmente a Arbitragem ganhava contornos mais robustos com a realização da Convenção de Nova Iorque de 1958.

O Código de Processo Civil, Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973, não trouxe qualquer inovação em seus artigos 1072 a 1077, mantendo a excessiva dependência da Arbitragem ao Poder Judiciário.

Consubstanciado na Primeira e Segunda Onda renovatória de acesso à justiça, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, estabeleceu em seu art. 5º, inciso XXXV, o direito universal de ação dirigida ao Poder Judiciário, não vedando as demais formas de resolução de conflitos¹⁶; promovendo a assistência judiciária gratuita aos necessitados¹⁷; apresentação do rol exemplificativo das funções institucionais do Ministério

¹⁴ Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

¹⁵ AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA. SIMPLES DECLARAÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DASÚMULA 7/STJ.1. A simples declaração do interessado no sentido de que não tem condições de arcar com as despesas do processo, sem prejuízo próprio ou de sua família, por se tratar de presunção relativa, pode ser afastada pelo julgador, fundamentadamente. 2. As circunstâncias fático-probatórias consideradas pelas instâncias de origem para afastar a condição de hipossuficiente não são passíveis de revisão em recurso especial. Incidência da Súmula 7do STJ.3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 607252/SP, Mins. Rel. Maria Isabel da 4ª Turma do E. STJ, DJe 06/02/2015)

¹⁶ Sobre o tema, vide acórdão SE 5206 do STF.

¹⁷ Art. 5º, LXXIV da CRFB.

Público, dentre as quais a promoção do inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos¹⁸; e a instituição permanente da Defensoria Pública¹⁹.

Os dispositivos constitucionais que tratam, especificamente, da Arbitragem no texto original da Carta Política vigente estão contidos no seu §§1º e 2º do art. 114, em que faculta às partes a possibilidade de, frustrada a negociação coletiva, eleger árbitros para solucionar o conflito ou ajuizar dissídio coletivo na Justiça do Trabalho.

Em 11 de setembro de 1990, foi sancionado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8078 de proteção e defesa do consumidor com *status* de norma de ordem pública e interesse social.

O referido Código elencou em rol exemplificativo as cláusulas abusivas e, portanto nulas de pleno direito, dentre as quais a imposição compulsória da arbitragem (art. 51, VII).

Vale destacar que o CDC não trouxe qualquer inovação no mundo jurídico, isto porque a arbitragem compulsória em nosso país vigorou em um curto período de tempo, exatos doze anos, sobre matérias restritas fixadas no Código Comercial e no Decreto 737, de 25 de novembro de 1850, quando então foram derogados pelo Decreto 3900, de 26 de junho de 1867 e definitivamente afastado do mundo jurídico.

Mesmo proclamando um sistema moderno, a Primeira e Segunda Onda renovatória de acesso à justiça não foi suficiente para garantir, efetivamente, igualdade individual e socialmente justa e acessível a todos, fato este que vem trazendo descrédito ao judiciário e insatisfação dos cidadãos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

Isto ocorre porque o instrumento posto à disposição da jurisdição gera conflito, sendo substancialmente burocrático e moroso. Tudo isto somada à cultura demandista atual sobrecarrega o Poder Judiciário, que, por sua vez, não possui capacidade técnica de prolatar decisões com a mesma velocidade que processos são distribuídos, em que pese os esforços eivados²⁰.

Neste cenário de crise judiciária foi editada a Lei 9307, de 23 de setembro de 1996, Lei Marco Maciel, que regulamentou a Arbitragem no Brasil, trazendo grandes avanços e autonomia à Arbitragem.

¹⁸ Art. 129, III da CRFB.

¹⁹ Art. 134 da CRFB..

²⁰ “De julho de 2012 a abril de 2014, foram distribuídos 5.159.999 feitos, no Poder Judiciário de Minas Gerais, e realizados 3.787.314 julgamentos, o que representa um índice de mais 73%. No acervo, havia ainda 6.005.653 feitos (dados fechados em abril/2014). Esses números englobam a 2ª Instância, a Justiça Comum de 1ª Instância, os Juizados Especiais e suas Turmas Recursais.” TJMG. **Relatório de Gestão do TJMG2012/2014**. Disponível em: <<[http://www.tjmg.jus.br/portal/transparencia/relatorios-e-demonstrati vos/relatorio-de-gestao-2012-2014/](http://www.tjmg.jus.br/portal/transparencia/relatorios-e-demonstrati-vos/relatorio-de-gestao-2012-2014/)>>. Acessado em: 09 de fevereiro de 2015.

A Lei geral reguladora manteve o caráter facultativo do instituto arbitral, afastando qualquer meio compulsório, em revência ao princípio da autonomia de vontade privada e do princípio constitucional da inafastabilidade, já predeterminada no Decreto 3900, de 26 de junho de 1867.

Também foram mantidas as possibilidades de julgamento arbitral por equidade ou direito, possibilidades estas também previstas no Decreto 3900/1867, porém, também foi facultada às partes a possibilidade de realização de arbitragem com base nos princípios gerais de Direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Assim como previsto no Código Civil de 1916, a arbitragem está limitada a direitos relativos ao patrimônio disponível das partes, restando também ampla a possibilidade da escolha do(s) árbitro(s) que deve possuir a confiança das partes e a capacidade civil desejada, ou entidade especializada.

Buscando maior acessibilidade à justiça foi promulgada a Lei 9099, de 26 de setembro de 1995, norma que regulou os Juizados Especiais cíveis e criminais estaduais. Dentre as regulações normatizadas pela Lei especial a Arbitragem também foi objeto legislativo.

Contudo, a única novidade apresentada corresponde à possibilidade de instauração do juízo arbitral, independentemente de termo de compromisso, quando escolhido o árbitro pelas partes em juízo.

Todavia, a grande novidade trazida pela Lei de Arbitragem que foi capaz de trazer euforia consiste na autonomia e independência executória garantida à cláusula arbitral; a impossibilidade de recurso da decisão arbitral; a força executiva imediata da sentença proferida, sem a necessidade de homologação judicial; o caráter sigiloso dos processos arbitrais; e a possibilidade de concessão de medidas cautelares e sentenças arbitrais a serem executadas no juízo estatal, sem análise meritória.

Estas alterações afastaram a submissão desproporcional que antes existia, trazendo à Arbitragem a desejada autonomia e criando, verdadeiramente, uma fonte alternativa de resoluções de conflitos por meio heterogêneo capaz de oferecer acesso à justiça integrando e harmonizando com o Poder Judiciário.

Mesmo diante do grande avanço, havia concentrada inquietude no meio jurídico, sendo levantadas inúmeras controversas acerca da constitucionalidade dos recentes mecanismos da Lei de Arbitragem.

O julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5206-7²¹ julgado pelo Pleno do E. STF ocorrido em 12 de dezembro de 2001 e publicado em 30 de abril de 2004 encerrou os debates relativos à constitucionalidade das principais inovações da Lei 9307 de 1996.

Na ação que tinha como objeto a homologação de sentença arbitral estrangeira, o então Ministro José Carlos Moreira Alves levantou incidente de inconstitucionalidade da nova Lei, 9307 de 1996, argumentando, com foco no inciso XXXV do art. 5º da CRFB, que “Trata-se de problema delicado, pois pode envolver a questão da renúncia de direito fundamental, que, em princípio, são irrenunciáveis por sua própria natureza”²².

A irrenunciabilidade noticiada pelo referido Ministro foi inclusive enumerado como característica dos Direitos Fundamentais na 16ª Sessão do Comitê Administrativo de Coordenação do Sistema das Nações Unidas e Direitos (SAMPAIO, 2013).

Contudo, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, em seu voto condutor, aduziu que o Direito contido no inciso XXXV do art. 5º da CRFB, seria negativo, Direito de Primeira

²¹ EMENTA: 1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (SE 5206 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958)

²² Proposta de divergência apresentada em 10 de outubro de 1996.

Geração, dirigido ao legislador e não ao cidadão, podendo este transacionar sobre seus direitos livremente, podendo, inclusive, desistir da ação que promover.

Neste diapasão temos que a característica irrenunciável opera sobre faculdades abstratas ou o direito em si mesmo considerados, não se estabelecendo em faculdades concretas ou de exercícios específicos sobre objetos determinados (SAMPAIO, 2013).

Em 31 de outubro de 2001, foi publicada a Lei 10303 que altera e acrescenta dispositivos à Lei de sociedades por ações e à Lei de mercado de valores mobiliários.

Dentre as criações da Lei 10303/01 foi acrescentada ao art. 109 da Lei 6404, de 15 de dezembro de 1976, o §3º a possibilidade de ser estabelecida no estatuto societário a previsão de submissão à arbitragem para dirimir divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários.

A faculdade concebida na recente norma trouxe novo desconforto ao meio jurídico, pois tornaria compulsória²³ a adesão à Arbitragem para os acionistas novos, ausentes, dissidentes e administradores²⁴, fato este contrário ao princípio da autonomia da vontade privada, que levanta novamente a discussões acerca da constitucionalidade em razão do afastamento do princípio da intangibilidade ou universalidade, contida no art. 5º, inciso XXXV da CRFB.

O Código Civil, Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002, manteve a cláusula arbitral como espécie de pré-contrato, porém remeteu sua regulação a lei especial, Lei de Arbitragem.

Somente em 23 de julho de 2002, o Brasil promulgou o Decreto 4311 que concedeu validade interna à convenção de Nova Iorque em vigor desde 07 de junho de 1958 que trata sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

²³ A arbitragem compulsória encontra-se afastada de nosso ordenamento jurídico desde 1867, quando da edição do Decreto 3900, de 26 de junho daquele ano.

²⁴ APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO PRINCIPAL REJEITADA - DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE - CLÁUSULA ARBITRAL - EFICÁCIA - AJUIZAMENTO DA AÇÃO NO JUÍZO ESTATAL - IMPOSSIBILIDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO - MEDIDA QUE SE IMPÕE - MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA - FALTA DE INTERESSE RECURSAL DA PARTE - RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO. Constando claramente do recurso avariado pelo autor/apelante principal as razões do seu inconformismo em relação à sentença proferida na Instância primeira e os fundamentos pelos quais entende que referida decisão deve ser reformada, e inexistindo qualquer óbice legal ao Poder Judiciário para apreciar a questão relativa à aplicação da cláusula que elege a arbitragem como forma de solução de eventuais controvérsias, não há que se falar em não conhecimento do recurso de apelação. Havendo alteração do contrato social da empresa ré, através de ata de reunião realizada nos moldes da legislação civil, de modo a incluir a cláusula de convenção de arbitragem, fica afastada a possibilidade dos sócios recorrerem ao Poder Judiciário para solucionar contenda envolvendo a respectiva sociedade, impondo-se a extinção do processo, sem resolução de mérito. Como os honorários constituem direito autônomo e patrimonial do advogado, e não da parte que representa, somente ele possui o interesse recursal para reclamar a majoração da verba, na qualidade de terceiro prejudicado, não podendo ser conhecido o recurso adesivo apresentado pela parte com este intuito. (Apelação. 1.0079.12.062072-3/002. Des. Rel. Arnaldo Maciel da 18ª Câmara Cível do Eg. TJMG. DJe 10 de outubro de 2014.)

O reconhecimento trouxe maior segurança e uniformidade internacional aos procedimentos necessários a execução de sentença arbitral no Brasil dentro de uma perspectiva de mundo globalizado e dinâmico.

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, promoveu, dentre outras alterações, mudança no texto do §2º do art. 114 da CRFB, condicionando a propositura de dissídio coletivo de trabalho à vontade conjunta das partes, quando ocorrer à recusa em se realizar negociação coletiva ou a arbitragem. Esta disposição incentiva à solução de conflitos de forma extrajudicial e dificulta ao acesso a jurisdição.

Após quase vinte anos da Lei de Arbitragem e de sua extensa jornada legislativa, esta ainda não se popularizou em nosso país, não sendo difundida nos centros acadêmicos e faculdades de Direito, possuindo ainda alguma resistência no meio jurídico e desconfiança da população em geral.

Porém, mesmo de forma tímida a Arbitragem no Brasil cresce como meio alternativo ao Poder Judiciário para resolução de conflitos devido ao amadurecimento da jurisprudência pátria e dos anseios sociais de acesso à justiça.

Novos Projetos de Lei são apresentados com o objetivo de atualizar, adequar, ampliar ou limitar o instituto da Arbitragem em nosso país, como, *vg*, o PL nº 406, de 2013, de autoria do Senador Renan Calheiros (PMDB-AL), aprovado por sua Casa e encaminhado à Câmara dos Deputados, estando, desde 12 de novembro de 2014 na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania para apresentação da redação final a cargo do Deputado Sérgio Zveiter (PSD-RJ).

4- AMADURECIMENTO JURISPRUDENCIAL ESTATAL E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A análise da Lei de Arbitragem brasileira deixa clara a intensão do legislador em conceber forma alternativa ao Poder Judiciário para resolução de conflitos, sem, contudo afastar, definitivamente, o Poder estatal do litígio, mesmo travado junto ao juízo Arbitral, como se depreende dos artigos: 7º, 11, PARÁGRAFO ÚNICO; art. 22 §§2º e 4º e art. 31 todos da Lei de Arbitragem, e a possibilidade da concessão judicial de medidas de urgência, pré-arbitrais²⁵, justamente por faltar ao árbitro o poder de coação que permanece sobre o

²⁵ EMENTA: MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. LIMINAR DEFERIDA. CONTRATO DE CONCESSÃO PATROCINADA. CONCESSÃO DE RODOVIA. PRELIMINAR DE DESCUMPRIMENTO DO ART. 526 DO CPC. REJEITADA. ARBITRAGEM. MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS. POSSIBILIDADE NO ÂMBITO PÚBLICO. LIMINAR ANTES DA INSTITUIÇÃO DO ÓRGÃO ARBITRAL. POSSIBILIDADE. DIREITO DE AÇÃO DA PARTE. RISCO DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. LIMINAR. RATIFICAÇÃO PELO ÓRGÃO ARBITRAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS. - A exigência inserta no art. 526 CPC deve ser interpretada de forma sistemática e, sobretudo, com vistas à concepção moderna do processo, que não pode se erigir como principal aspecto a ser analisado pelo julgador, preterindo, inclusive, o próprio direito subjetivo em discussão pelas partes. - O instituto da arbitragem regulado pela Lei 9.307/96, tem como objetivo permitir às partes submeterem a controvérsia atual ou futura a pessoa de confiança comum, normalmente especialista na questão controvertida, na medida que lhes possibilita sair das limitações naturalmente inerentes à jurisdição tradicional. - A lei nº 11.079/04 instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, tornando possível a adoção pela Administração Pública de mecanismos alternativos de solução de controvérsias. - Já que o tempo necessário para a instituição do Tribunal Arbitral pode gerar danos aos direitos da parte, não é vedado ao Judiciário, observando se está presente a urgência necessária, tomar medidas cautelares, sob pena de ofensa ao direito de ação, que é uma regra constitucional. - Até a instituição do Tribunal Arbitral, que leva algum tempo, já que as partes devem indicar os árbitros e deve-se seguir todo um procedimento da Câmara de Arbitragem, estariam os interesses da parte sem nenhuma proteção. - É lícito ao juiz deferir a tutela antecipatória ou a cautelar, desde que se encontrem presentes, além das condições gerais e comuns a todas cautelares, o "fumus

monopólio do Estado.

Assim é forçoso afirmar que a relação existente entre o Poder Judicial e o instituto da Arbitragem é de harmonia e cooperação, devendo se buscar a completude e não a concorrência.

Mesmo diante dos procedimentos diversos entre a Justiça formal e a Justiça Arbitral, não há concorrência ou rivalidade entre o Poder estatal e a Arbitragem, possuindo cada qual espaço bem definido no ordenamento jurídico (SILVA, 2005).

Superadas as principais controvérsias de âmbito constitucional através do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5206-7 julgado pelo Pleno do E. STF, as quais trataram em linhas pretéritas, ainda sim alguma resistência tem sido imposta ao instituto arbitral.

Ainda que seja vedado ao magistrado o conhecimento de ofício, nos termos do §4º do art. 301 do CPC²⁶, instituída a convenção de arbitragem, independentemente se por cláusula compromissória “cheia” ou “vazia”, temos por afastada a jurisdição estatal pelo princípio da autonomia da vontade privada²⁷, bastando a arguição pelo requerido no juízo para que se reconheça a incompetência estatal, como, por reiteradas vezes, já se pronunciou o TJMG. (1.0481.13.007365-5/002²⁸; 1.0003.09.030538-8/001; 1.0024.07.549724-8/001; 1.0702.04.169908-4/001; 1.0024.04.520866-7/001; 1.0024.03.147645-0/001).

O reconhecimento pelo Poder Judiciário da autonomia de vontade privada capaz de afastar a competência estatal da análise do mérito de conflitos regidos sob a égide da convenção de arbitragem fortalece o instituto e imprime resistência à cultura inconsciente e

boni iuris" e o "periculum in mora", como a verossimilhança e prova inequívoca de modo a caracterizar a plausibilidade aparente da pretensão aviada e o perigo fundado de dano. - A liminar concedida no âmbito da medida cautelar, será novamente submetida ao crivo do órgão arbitral, quando for devidamente instituído, podendo ratificar ou não a sua concessão, já que suas decisões são soberanas. (Agravo de Instrumento 1.0024.14.055396-7/001, Des. Rel. Duarte de Paula da 4ª CCiv do Eg. TJMG, DJe 02 de outubro de 2014)

²⁶ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E REPARAÇÃO DE DANOS - EXTINÇÃO - COMPROMISSO ARBITRAL - CONHECIMENTO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA CASSADA. O "compromisso arbitral" e a "cláusula compromissória", espécies do gênero "convenção de arbitragem", não estão incluídas entre as matérias de ordem pública elencadas no art.301 do CPC, que podem sem conhecidas de ofício pelo juízo, razão pela qual deve ser cassada a sentença que conhecia extinguiu o feito, sem julgamento do mérito, pelo simples fato de haver sido a arbitragem convencional no contrato celebrado entre as partes. (Apelação. 1.0024.10.251057-5/001. Des. Rel. João Cancio da 18ª CCiv do Eg. TJMG. DJe 21 de agosto de 2014.)

²⁷ PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA FRENTE A JUÍZO ESTATAL. POSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR DE ARROLAMENTO. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL. 1. A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral. 2. O direito processual deve, na máxima medida possível, estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização daquele. Não se pode, assim, interpretar uma regra processual de modo a gerar uma situação de impasse, subtraindo da parte meios de se insurgir contra uma situação que repete injusta. 3. A medida cautelar de arrolamento possui, entre os seus requisitos, a demonstração do direito aos bens e dos fatos em que se funda o receio de extravio ou de dissipação destes, os quais não demandam cognição apenas sobre o risco de redução patrimonial do devedor, mas também um juízo de valor ligado ao mérito da controvérsia principal, circunstância que, aliada ao fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei nº 9.307/96, exige que se preserve a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito, evitando-se, ainda, a proliferação de decisões conflitantes. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Arbitral. (Conflito de Competência 111230/DF, Min. Rel. Nancy Andrighi da 2ª Seção do E. STJ, DJe 03/04/2014)

²⁸ AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTRATO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS - CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM - AUTONOMIA DA VONTADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. 1. Se o juízo arbitral foi eleito para a análise de toda e qualquer questão relativa ao contrato firmado, não cabe ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário. 2. Embora a sociedade não tenha sido devidamente registrada junto à Ordem dos Advogados, tal vício não macula a autonomia da vontade manifestada na cláusula que convencionou a arbitragem. 3. Recurso a que se dá provimento. (Agravo de Instrumento. 1.0481.13.007365-5/002, Des. Rel. Wagner Wilson da 16ª CCiv do Eg. TJMG, Dje 07 de julho de 2014).

coletiva da busca do paternalismo estatal para a solução de todas as mazelas da sociedade, tendência esta que até então era incentivada pelo próprio Estado, como forma de manutenção do poder (SILVA, 2005).

A cooperação mútua entre o Poder Judiciário e a Arbitragem é o meio escolhido pelo legislador como alternativa às dificuldades enfrentadas pelo cidadão na busca do efetivo acesso à justiça, razão pela qual o amadurecimento e reconhecimento do Poder estatal são fundamentais para evolução e popularização do instituto arbitral.

5- PERSPECTIVAS PARA A ARBITRAGEM NO BRASIL

Para que a Arbitragem no Brasil se desenvolva é indispensável a cooperação, harmonia e proximidade com o Poder Judiciário, assim como a difusão do instituto arbitral na formação acadêmica de profissionais; campanhas de marketing; atualização da legislação; ampliação e mudança da cultura paternalista que crê que o Estado possui todas as respostas para resolver as inúmeras mazelas sociais.

Uma das vantagens da Arbitragem que lhe confere o *status* alternativo ao Poder Judiciário é a agilidade na resolução dos conflitos, contudo, em razão da ausência do poder de coação, a Arbitragem encontra um gargalo na execução de medidas necessárias a efetividade das decisões proferidas, fato este que poderia ser amenizado com a criação de varas judiciais especializadas na execução de tais atos, como propõe o CONFEJAB (Conselho Federal do Juizado Arbitral do Brasil)²⁹.

O incentivo do estudo do instituto da Arbitragem nos cursos de formação de Bacharéis em Direito é essencial para o crescimento, desenvolvimento e conhecimento da Arbitragem, pois é fundamental que os operadores do Direito conheçam os princípios e valores que norteiam a Arbitragem e possam estabelecer maiores possibilidades de solução ao conflito que, por ventura, venham a conduzir, não sendo razoável aceitar que existam profissionais que realmente desconheçam a arbitragem e seus contornos (SILVA, 2005)

A aceitação intelectual é gradativa tanto pelos operadores do Direito, quanto pela sociedade de um modo em geral, contudo, a realização de um trabalho de *marketing* capaz de mostrar os efeitos benéficos da Arbitragem pode acelerar a desejada mudança de mentalidade acerca da Arbitragem e sua popularização.

Da mesma forma também é importantíssima a atualização da legislação arbitral, para regular novas possibilidades como a utilização da Arbitragem pela Administração Pública adequando, quando for o caso, aos princípios de Direito Público.

A confirmação da possibilidade de instituição de Arbitragem em seguimentos como o consumo e dissídios individuais trabalhistas; a regulamentação da interrupção da prescrição; a possibilidade de sentença arbitral parcial; a consolidação da jurisprudência a respeito dos efeitos da declaração de nulidade da sentença arbitral; a adequação textual na Lei 9307/96 quanto ao órgão judiciário competente para homologação de sentença arbitral estrangeira em consonância com a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que transferiu a competência da homologação de sentenças estrangeiras para o STJ³⁰; e a consolidação da jurisprudência acerca das tutelas cautelares e forma de execução junto ao Poder Judiciário irão trazer além da atualização, a adequação indispensável para evolução da Lei de Arbitragem no Brasil.

O desenvolvimento da Arbitragem e sua popularização passam pela mudança cultural paternalista estatal, devendo ser informado ao cidadão que ele é capaz de resolver determinados conflitos através de formas autônomas ou heterônomas independentemente do

²⁹ CONFEJAB. Conselho Federal do Juizado Arbitral do Brasil. Disponível em: <<<http://www.confejab.org.br/>>> Acessado em 11 de fevereiro de 2015.

³⁰ Art. 105, I, i, da CRFB.

Estado, sendo o cidadão livre e capaz de escolher a forma e métodos que deseja para solucionar controvérsias de forma ágil, confiável, conciliatória, informal e com a mesma força executiva de uma sentença judicial.

6- CONCLUSÃO

O instituto da Arbitragem remonta aos tempos antigos e no Brasil não sendo nenhuma novidade no país possuindo origem nacional na Constituição Política do Império do Brasil, de 1824.

Ao longo de quase duzentos anos, várias normas trataram sobre o assunto, entretanto nenhuma delas atribuiu tamanha autonomia e liberdade como a Lei 9307, de 23 de setembro de 1996.

A referida legislação não afastou totalmente o Poder Judiciário do conflito, sendo o poder jurisdicional estatal essencial ao instituto da Arbitragem, contudo limitado a momentos em que a coerção se faz necessária à efetivação de atos tanto dentro do procedimento arbitral como na fase de execução de sua própria sentença.

A maior amplitude trazida pela Lei Geral de Arbitragem trouxe incomodo ao meio jurídico, sendo afastada a inconstitucionalidade pelo Excelso STF através da SE 5206-7, fato este que deu novo folego ao instituto.

Ainda sim, a Arbitragem não se popularizou no país, sendo, apresentada como novidade pouco utilizada para resolução de conflitos sobre direito patrimonial disponível.

Diante da crise que assola o judiciário, a sociedade exige maior acesso a uma justiça célere e capaz de alcançar a paz social, fato este que atribui maior importância às formas parajudiciais de resolução de conflito, dentre as quais se insere a Arbitragem.

Para que a Arbitragem se torne mais popular e se desenvolva de forma ampla e capaz de trazer meio alternativo para solução de conflitos é indispensável a cooperação, harmonia e proximidade com o Poder Judiciário, assim como a difusão do instituto na formação acadêmica de profissionais; campanhas de *marketing*; atualização da legislação; ampliação e mudança da cultura paternalista que crê que o Estado possui todas as respostas para resolver as inúmeras mazelas sociais, e que esta resposta está condicionada ao confronto e ao litígio cego e desmedido.

Inquestionavelmente há muito por se realizar para que possamos conseguir ofertar, verdadeiramente, mais uma alternativa para o acesso à justiça e a manutenção ou restauração da paz social de forma mais racional, porém, o caminho já vem sendo trilhado.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Rodrigo Bernades. **Teoria e prática da Arbitragem**. Del Rey. Belo Horizonte. 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>> Acessado em 03 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>> Acessado em: 05 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Decreto 737, de 25 de novembro de 1850**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>> Acessado em: 08 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Decreto 3900, de 26 de junho de 1867**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM3900.htm>> Acessado em: 08 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Decreto 4311, de 23 de julho de 2002**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>> Acessado em 10 de fevereiro de 2002.

BRASIL. **Lei 556, de 25 de junho de 1850**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm>> Acessado em: 05 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Lei 1060/50, de 05 de fevereiro de 1950**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060compilada.htm>> Acessado em: 05 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Lei 3071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>> Acessado em: 08 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Lei 5860, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>> Acessado em: 08 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Lei 6404, de 15 de dezembro de 1976**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm>> Acessado em: 10 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Lei 8078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>> Acessado em: 09 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Lei 9307, de 23 de setembro de 1996**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>> Acessado em 03 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Lei 10303, de 31 de outubro de 2001**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10303.htm#art2>> Acessado em 10 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>> Acessado em 10 de fevereiro de 2015.

.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>> Acessado em 10 de fevereiro de 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei. Disponível em: <<<http://www.camara.leg.br>>> Acessado em 10 de fevereiro de 2015.

CNJ. Resolução nº 70, de 18 de março de 2009. Disponível em: <<<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/resolucao-n-70>>> Acessado em 03 de fevereiro de 2015.

CNJ. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-20-20-de-novembro-de-2010>>> Acessado em 03 de fevereiro de 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1993.

CONFEJAB. **Conselho Federal do Juizado Arbitral do Brasil.** Disponível em: <<<http://www.confejab.org.br/>>> Acessado em 11 de fevereiro de 2015.

DGPJ (Direcção-Geral da política de Justiça). **Lei Modelo da UNCITRAL.** Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/home/DGPJ/sections/politica-legislativa/anexo/lei-modelo-uncitral/downloadFile/file/Lei-modelo_uncitral.pdf?nocache=1305106921.57>> Acessado em 05 de fevereiro de 2015.

FALCÃO, Joaquim, HARTMANN, Ivan A., CHAVES, Victor P. **III Relatório Supremo em números: O Supremo e o tempo.** FGV. Rio de Janeiro. 2014.

FRANÇA. **Constituição francesa, de 13 de setembro de 1791.** Trad. FAFICH – UFMG. Disponível em: <<<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>> Acessado em 04 de fevereiro de 2015.

GOMES, Orlando. **Contratos.** THEODORO JÚNIOR, Humberto (atualizador). Forense. Rio de Janeiro. 2001.

JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coord). **Arbitragem no Brasil: Aspectos jurídicos relevantes.** QuartierLatin. São Paulo. 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos fundamentais.** Del Rey. Belo Horizonte. 2013.

SANTANA, Maria Aparecida. **Democratização da Justiça e Arbitragem em espécie.** Belo Horizonte. Líder. 2009.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais de Arbitragem.** Fundação Boiteux. 2004.

SENADO. **Projetos de Lei.** Disponível em: <<<http://senado.leg.br>>> Acessado em 10 de

fevereiro de 2015.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e Arbitragem: Um caminho para a crise do judiciário**. Manole. Barueri. 2005.

STF. **Consulta à jurisprudência**. Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br>>> Acessado em 09 de janeiro de 2015.

STJ. **Consulta à jurisprudência**. Disponível em: <<<http://www.stj.jus.br>>> Acessado em 02 de fevereiro de 2015.

TJMG. **Consulta a jurisprudência**. Disponível em: <<<http://www.tjmg.jus.br>>> Acessado em 02 de fevereiro de 2015.

TJMG. **Relatório de Gestão do TJMG 2012/2014**. Disponível em: <<<http://www.tjmg.jus.br/portal/transparencia/relatorios-e-demonstrativos/relatorio-de-gestao-2012-2014/>>>. Acessado em: 09 de fevereiro de 2015.